



REPÚBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
 SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA
 DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

SC-0030-2022

ASUNTO : SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO
 TIPO DE PROCESO : ORDINARIO – RESPONSABILIDAD MÉDICA
 DEMANDANTES : MA. NUBIA, MARLENY Y OMAIRA DE J. GIRALDO N. Y OTROS
 DEMANDADOS : CAFESALUD EPS SA, ALBERTO DUQUE L., SOCIL SA Y OTRO
 PROCEDENCIA : JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, R.
 RADICACIÓN : 66001-31-03-004-2012-00247-02
 TEMAS : CAUSALIDAD FÁCTICA Y JURÍDICA – PERITAJES
 MAG. PONENTE : DUBERNEY GRISALES HERRERA
 APROBADA EN SESIÓN : 259 DE 13-06-2022

TRECE (13) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por la parte actora, contra la sentencia emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, R. el día **29-10-2020** (Recibido de reparto el día 08-06-2021), que definió el litigio en primer grado.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. La señora María Nubia Giraldo Noreña en el año 2008, consultó y fue diagnosticada con desprendimiento de retina, el 13-08-2008 del ojo derecho y el 01-10-2008 del izquierdo, valorada por retinólogo, prescribieron y practicaron cirugía, con controles posteriores, mas solo realizaron los iniciales a la primera intervención, luego la EPS dispuso que debían ser a través de la IPS Socil y no los hizo por carecer de

especialista. Adicionalmente, en la segunda intervención, el gerente de la precitada entidad ordenó radiografía previa, por eso solo se hizo el 03-10-2008.

El 11-11-2008 por presentar dolor asistió a urgencias y solo hasta el 23-12-2008, luego que Socil autorizara, el retinólogo que la operó, la examinó y señaló que los procedimientos salieron bien, pero le recomendó implante de lente intraocular, rígido o plegable. La EPS autoriza las intervenciones a través de la referida IPS, que tenía ese profesional, aunque no permanente.

Implantaron el lente el 06-02-2009 del ojo derecho y 21-02-2009 del izquierdo, la última sin anestesiólogo; el mismo oftalmólogo la aplicó y en ese momento la señora Giraldo N. sintió dolor e inmediatamente perdió la visión; síntomas que omitió el médico. Al día siguiente, destapado el ojo corrió líquido, le diagnosticaron derrame hemorrágico interno y formularon medicamentos.

Al persistir los síntomas, fue valorada por urgencias, hicieron exámenes y el 24-02-2009 concluyeron desprendimiento total de retina, se hospitalizó y le dijeron de Socil que sería trasladada a Ibagué, para ser atendida por el retinólogo que la intervino, ella se negó y al otro día fue remitida, sin mayor tratamiento, solo medicación y recomendación de reposo. Finalmente, el 07-03-2009, fue operada para lavado de cámara y vitrectomía, aunque ya había perdido la visión [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01Cdno Principal, pdf No.01..., folios 12-27].

La demanda se reformó para adicionar pruebas [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01Cdno Principal, pdf No.03..., folios 183-184].

2.2. LAS PRETENSIONES. (i) Declarar el incumplimiento de las obligaciones a la seguridad social por parte de los demandados; **(ii)** Ordenar la restitución de los valores pagados por los actores con ocasión de los servicios prestados; **(iii)** Condenar a pagar a favor de: **(a)** María N. Giraldo N. o quien represente

sus derechos al momento del fallo: daños morales, a la vida de relación o alteración de condiciones de existencia, biológico o fisiológico a la salud, emergente y lucro cesante; y, **(b)** Carlos M. y Paola A. Aguirre Giraldo (Hijos), así como, Marleny y Omaira de J. Giraldo N. (Hermanas): daños morales y a la vida de relación o alteración de condiciones de existencia.

También se dispondrá: **(iv)** Publicitar la parte resolutive de la sentencia; **(v)** Ofrecer disculpas públicas a los actores; **(vi)** Sancionar por daño punitivo; **(vii)** Actualizar los montos de condena; y, **(viii)** Condenar en costas a las demandadas (Sic) [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01Cdno Principal, pdf No.01..., folios 7-10].

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. SOCIEDAD OFTALMOLÓGICA DE CIRUGÍA LASER SA “SOCIL SA” (DEMANDADA). Según ajuste consecutivo que hizo de la numeración, aceptó algunos hechos (Nos.7° a 9°, 12, 13, 18, 20, 32, 33, 35, 37, 42 y 52) otros parcialmente (Nos.23, 26 a 28, 34, 36, 40, 45, 48, 55, 58 y 62), negó los demás o dijo no constarle. Se opuso a las súplicas sin excepcionar [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01Cdno Principal, pdf No.02..., folios 114-136].

3.2. CAFESALUD EPS SA (DEMANDADA). Admitió los hechos Nos. 1°, 2°, 2°- Se repite-, 5° y 63; otros solo en parte (Nos. 8°, 9°, 20, 26, 62), Del resto, unos los negó y otros afirmó no constarle. Repelió las pretensiones y como excepciones formuló inexistencia: **(i)** De responsabilidad civil de la EPS por cumplimiento del contrato; **(ii)** De responsabilidad generada por riesgos inherentes a las intervenciones; **(iii)** De incumplimiento de las obligaciones a cargo de la EPS; **(iv)** De solidaridad entre la EPS y la IPS contratada; y, por último, alegó: **(v)** La genérica [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01Cdno Principal, pdf No.03..., folios 3-22].

3.3. RAFAEL GONZALO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ (DEMANDADO). Asintió unos hechos (Nos. 1º, 2º, 2º- Se repite-, 5º, 6º, 26, 32, 34), otros parcialmente (Nos.24, 31, 33, 37, 38, 49, 62 y 65), de los demás, unos los negó y otros aseveró no constarle. Resistió el petitorio y como excepciones presentó: **(i)** Ausencia del daño por colocación de lentes; y, **(ii)** Falta de legitimación en la causa [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01Cdno Principal, pdf No.03..., folios 31-48].

3.4. ALBERTO DUQUE LASERNA (DEMANDADO). Contestó los hechos en forma idéntica a Socil SA, resistió las pretensiones y omitió excepcionar [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01Cdno Principal, pdf No.03..., folios 90-113].

3.5. LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS (LLAMADA EN GARANTÍA). Aceptó algunos hechos (Nos.7º a 9º, 12, 13, 18, 20, 32, 33, 35, 37, 42 y 52) otros parcialmente (Nos.23, 26 a 28, 34, 36, 40, 45, 48, 55, 58 y 62), los demás indicó no le constaban o los negó, se opuso a las súplicas sin excepcionar. Respecto al llamamiento formuló excepción relacionada con que la única póliza vigente es la No.1008363 [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01Cdno Principal, pdf No.03..., folios 156-179].

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la parte resolutive: **(i)** Negó las pretensiones; y, **(ii)** Condenó en costas a los demandantes.

Explicó que la responsabilidad imputada se circunscribe a las fallas administrativas de la IPS y a los daños causados en la cirugía del 21-02-2009 por indebida aplicación de la anestesia que produjo perforación y desprendimiento de retina. Desestimó las primeras, por falta de demostración, quedaron en afirmaciones; advirtió justificada la ecografía previa a la cirugía del 03-10-2008; se acreditaron los controles posteriores a las operaciones y, el traslado a Ibagué, antes que desmejorar su salud, evidenció un seguimiento adecuado.

Frente al procedimiento, la epicrisis muestra un desarrollo sin dificultades y que la sintomatología fue posterior. La apreciación conjunta de la atestación del doctor Valdés R. y los tres (3) dictámenes, confirma esa normalidad y sin perforación, pues el tipo de anestesia usada imposibilitaba un trayecto de la aguja en el globo ocular. Además, para el 24-02-2009, no podía determinarse el desprendimiento total de retina, porque quien hizo la radiografía carecía de idoneidad y, en últimas, las complicaciones eran factibles, dadas las varias cirugías previas y las condiciones de la paciente. Dejó de probarse la conducta dolosa o culposa imputada [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01CdnoPrincipal, pdf No.17...].

5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

5.1. LOS REPAROS. **(i)** Fueron probados todos los elementos de responsabilidad atribuida; **(ii)** El cúmulo probatorio acredita la falla (Sic) institucional y la relación de causalidad; **(iii)** Los peritajes fueron valorados parcialmente; **(iv)** El caso es de responsabilidad institucional no individual; **(v)** Omitió aplicarse el artículo 1604-3º, CC; **(vi)** Se demostraron todas las fallas médicas y la relación de causalidad; y, **(vii)** La sentencia desconoció los principios “*in dubio pro consumatore, homine damato e indubio pro homine*” [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01CdnoPrincipal, pdf No.19...].

5.2. LA SUSTENTACIÓN. Según el Decreto Presidencial No.806 de 2020, el recurrente aportó por escrito, la argumentación de sus reparos en tiempo [Carpeta 02SegundaInstancia, carpeta 02ApelaciónSentencia, pdf No.07]. Se expondrá la sustentación al resolver cada reparo.

6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

6.1. LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA. La ciencia procesal mayoritaria¹

¹ DEVIS E., Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, volumen I, 7ª edición, Bogotá DC, Diké, 1990, p.266.

en Colombia los entiende como los *presupuestos procesales*. Otro sector²⁻³ opta por la denominación aquí formulada, pues resulta más sistemático con la regulación procesal nacional. La demanda es idónea, ninguna causal de nulidad insaneable se aprecia, capaz de invalidar la actuación surtida.

6.2. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. En forma repetida se ha dicho que este estudio es oficioso⁴. Cuestión diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. En este evento se satisface en ambos extremos.

Ha reiterado esta Magistratura que, para el examen técnico de este aspecto, es imprescindible definir la modalidad de la pretensión planteada en ejercicio del derecho de acción, así se identificarán quiénes están autorizados por el sistema jurídico, para elevar el pedimento y quiénes para resistirlo; es decir, esclarecida la especie de súplica se determina la legitimación sustantiva.

En orden metodológico se define primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción⁵, llamado ahora tutela judicial efectiva, para luego constatar quiénes están habilitados por el derecho positivo para elevar tal pedimento y quiénes para resistirlo; es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

La demanda no concretó la modalidad de responsabilidad (Se presentó ante la justicia laboral), sin embargo, la juzgadora de primera instancia, en razonamiento compartido, la entendió en la esfera contractual y aquiliana, de forma acumulada, posibilidad admitida por esta especialidad, desde antaño

² LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.987-996.

³ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo 2, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

⁴ CSJ, Civil. Sentencias: **(i)** 14-03-2002, MP: Castillo R.; **(ii)** 23-04-2007, MP: Díaz R.; No.1999-00125-01; **(iii)** 13-10-2011, MP: Namén V., No.2002-00083-01; **(iv)** SC -1182-2016, reiterada en SC-16669-2016. **(v)** TS. Pereira, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Grisales H., No.2012-00101-01.

⁵ En el mismo sentido SC-0070-2021 de este Tribunal. La dogmática procesalista tiene esclarecido que la acción no se clasifica, sí la pretensión: **(1)** ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.107. También: **(2)** LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.323; **(3)** RICO P., Luis A. Teoría general del proceso, 3ª edición, Leyer SA, Bogotá DC, 2013, p.263.

(CSJ)⁶ y acogida por esta Sala⁷.

6.2.1. POR ACTIVA. Está cumplida. Tiene habilitación legal la señora María Nubia Giraldo Noreña, pues fue quien como afiliada recibió los servicios médicos, es una relación jurídica aceptada por la EPS demandada al contestar [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01Cdno Principal, pdf No.03..., folio 3, hecho 2°]; además, este tipo de negocios está excluido de solemnidades.

Por su parte, los señores Carlos Mario y Paola Andrea Aguirre Giraldo (Hijos) y Marleny y Omaira de Jesús Giraldo Noreña (Hermanas), son ajenos a la referida relación negocial, su pretensión reparatoria es extracontractual. Estas personas son víctimas indirectas (Dadas las afecciones sufridas, en el orden de mención: madre y hermana), secundarias, reflejas o de rebote, y por esa calidad, la súplica es personal y no hereditaria⁸⁻⁹. Obran para acreditar tales condiciones los registros civiles respectivos [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01Cdno Principal, pdf No.01..., folios 38, 40, 42 y 44].

6.2.2. POR PASIVA. Cumplida también; Cafesalud EPS SA y la Sociedad Oftalmológica de cirugía Laser SA - Socil SA, son las entidades a quienes la parte demandante, imputa la conducta dañina (Artículos 2341 y 2344, CC), por ser copartícipes en la causación del daño, al haber prestado asistencia médica a la señora Giraldo Noreña; en aplicación de la teoría de la “*coautoría en la producción del perjuicio*”¹⁰.

Aquella por ser la afiliadora y esta por ejecutora material del servicio médico, según criterio de antaño, de la jurisprudencia de la CSJ¹¹: “(...) *De ahí que se esté, como lo dice la doctrina, frente a una responsabilidad de índole contractual “indistinta”*”

⁶ CSJ, Civil. Sentencias de (1) 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01; (2) 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01; y; (3) 30-01-2001, MP: Ramírez G.; No.5507, entre otras.

⁷ TSP, Civil-Familia. Sentencias: (1) SC-0014-2022; (2) SC-0076-2021; (3) 30-07-2018, No.2016-00149-01; y, (4) 07-12-2016, No.2012-00322-01 MP: Grisales H, entre muchas.

⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01.

⁹ TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p.126.

¹⁰ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.498.

¹¹ CSJ. Civil. Sentencia del 11-09-2002, MP: Ramírez G., No.6430.

para ambos sujetos, puesto que es tan contractual el origen de la obligación como su ejecución (...)”, reiterado en reciente decisión (2020)¹², prohijado por esta misma Sala (2021)¹³. En el mismo sentido la doctrina patria, Santos Ballesteros¹⁴ y la profesora Fernández Muñoz (2019¹⁵).

También fueron llamados a responder de manera directa, los doctores Rafael Gonzalo Rodríguez Hernández y Alberto Duque Laserna, solidariamente con las entidades ya citadas, con el mismo título anterior, según comprende doctrina¹⁶ con seguimiento de la CSJ¹⁷:

Respecto de este tema, es decir, el de la solidaridad, al contrario de lo que piensa el recurrente, la Corporación entiende que ésta nace de la propia ley, que es una de sus fuentes, (art. 1568 del C. Civil), concretamente de la aplicación del principio general consagrado por el art. 2344 del C. Civil, eficaz para todo tipo de responsabilidad, porque lo que hizo el Tribunal no fue otra cosa que a partir de la demostración de la propia culpa del médico, deducir una responsabilidad directa, concurrente con la culpa contractual,(...) En otras palabras, (...) lo claro es que la solidaridad no surgió de una inexistente pluralidad de sujetos contratantes, como lo plantea el impugnante, sino de la propia ley, o sea el art. 2344, en tanto el juzgador consideró que el perjuicio había sido consecuencia de la culpa cometida por dos personas, una de ellas el médico encargado del tratamiento. (Sub-línea fuera de texto).

6.2.3. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Ningún reparo hay sobre la vinculación de la Previsora SA Compañía de Seguros, según la póliza suscrita con el doctor Rafael Gonzalo Rodríguez Hernández, vigente para la época de atención de la paciente (14-08-2008 a 14-08-2009), según las copias aparejadas [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01CdnoPrincipal, pdf No.03..., folios 128-131].

6.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar o modificar la

¹² CSJ. SC-2769-2020.

¹³ TSP. SC-0060-2021.

¹⁴ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.115

¹⁵ FERNÁNDEZ M., Mónica L. Responsabilidad médica en la especialidad civil, Módulo de aprendizaje autodirigido, EJRLB, Bogotá DC, 2019, pág.57.

¹⁶ ARRUBLA P. Jaime A. Contratos mercantiles. Contratos contemporáneos, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2013, p.41.

¹⁷ CSJ. Civil. Sentencia del 11-09-2002, MP: Ramírez G.; No.6430.

sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, R., según la apelación de la parte actora?

6.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

6.4.1. LOS LÍMITES DE LA APELACIÓN. En esta sede están definidos por los temas objeto del recurso, es una patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil nacional (Arts. 320 y 328, CGP), es lo que hoy se conoce como la *pretensión impugnaticia*¹⁸, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.¹⁹. Por su parte, el profesor Bejarano G.²⁰, discrepa al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.²¹, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones divergentes, que son minoritarias.

Entiende, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra²², la aludida restricción. En la última sentencia mencionada, se prohijó lo argüido por la CSJ en 2017²³, eso sí como criterio auxiliar; ya en decisión posterior y más reciente, la CSJ²⁴ (2019), reiteró la citada tesis. Arguye en su obra reciente (2021), el profesor Parra B.²⁵:” *Tiene como propósito esta barrera conjurar que la segunda instancia sea una reedición de la primera y se repita esta innecesariamente. Además, respeta los derechos de la contraparte, pues esta se atiene a la queja concreta.*”.

¹⁸ ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e Impresos, 2018, p.438-449.

¹⁹ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

²⁰ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

²¹ QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6132861.pdf>

²² TS, Pereira. Civil-Familia. Sentencias del (i) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01 y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

²³ CSJ. STC9587-2017.

²⁴ CSJ. SC2351-2019.

²⁵ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.403.

De igual parecer Sanabria S.²⁶ (2021).

Ahora, también son límites para la resolución del caso, el principio de congruencia como regla general (Art. 281, ibidem). Las excepciones, es decir, aquellos temas que son revisables de oficio son los asuntos de familia y agrarios (Art. 281, párrafos 1º y 2º, ibidem), las excepciones declarables de oficio (Art. 282, ibidem), los presupuestos procesales²⁷ y sustanciales²⁸, las nulidades absolutas (Art. 2º, Ley 50 de 1936), las prestaciones mutuas²⁹ y las costas procesales³⁰, entre otros. Por último, debe considerarse que es panorámica la competencia cuando ambas partes recurren en lo que les fue desfavorable (Art.328, inciso 2º, CGP).

6.4.3. LOS TEMAS DE APELACIÓN. En orden metodológico se resolverá así: **(i)** El régimen probatorio en esta especie, la presunción de culpa contra el deudor (Demandado) y la responsabilidad institucional; y, **(ii)** La inadecuada valoración probatoria, pues se acreditaron todos los supuestos, nexo causal y culpabilidad.

La sentencia se concentró en el examen del segundo de los elementos, expresó “(...) *la parte demandante no acreditó (...) conducta dolosa o culposa de los profesionales de la medicina que dispensaron su atención, (...) le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico (...)*”; sin verificar antes la existencia del nexo causal como presupuesto previo de indispensable constatación, según el orden metodológico fijado por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala³¹.

6.4.4. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. NOCIÓN Y RÉGIMEN PROBATORIO. Se define como aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de esta ciencia, dadas sus repercusiones vitales, particularmente en la integridad

²⁶ SANABRIA S., Henry. Derecho procesal civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2021, p.703 ss.

²⁷ CSJ, SC-6795-2017. También sentencias: (i) 24-11-1993, MP: Romero S.; (ii) 06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R.

²⁸ CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016.

²⁹ CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398.

³⁰ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.1079.

³¹ TS. Pereira. **(1)** SC-0076-2021, **(2)** SC-0060-2021 y **(3)** SC-0046-2021, entre otras.

física y emocional, en general su incidencia sobre la salud de las personas. El profesor Santos B.³² la define como: “(...) una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad (...)”.

Quien asume la profesión galénica, en su práctica se debe a las respectivas normas (Leyes 14 de 1962, 23 de 1981 y su decreto reglamentario No.3380 de 1981, Ley 1164, entre otras) y directrices específicas según los cánones científicos y técnicos de su ejercicio, acorde con las formas usuales para cada tiempo y lugar, el conocimiento y el desarrollo propio de la ciencia. El médico está sujeto a las reglas de la profesión en cualquiera de las fases de aplicación, es decir, en la prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control.

La responsabilidad médica o galénica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada³³, aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*³⁴; sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada³⁵, según el precedente constante de la CSJ (2021)³⁶ y la doctrina mayoritaria³⁷, sin miramientos en que sea la modalidad contractual o extracontractual.

De allí, que corresponde al demandante demostrar todos sus elementos axiales: **(i)** La conducta antijurídica o hecho dañoso, **(ii)** El daño, **(iii)** La causalidad³⁸; **(iv)** El factor de atribución, que corresponde a la culpa, cuando el régimen sea subjetivo; y, si es del caso, **(v)** el contrato, en aquellos eventos de infracción a los deberes adquiridos en el marco de un negocio jurídico.

³² SANTOS B., Jorge. Ob. cit., p.95.

³³ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001. MP: Ramírez G.; No.5507.

³⁴ CSJ, Civil. Sentencias de: (i) 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) 14-10-1959, MP: Morales M.

³⁵ CSJ. SC2506-2016; SC003-2018 y SC4786-2020.

³⁶ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit. Reiterada en SC-3919-2021.

³⁷ JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142. También SERRANO E. Luis G. Tratado de responsabilidad médica, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley, 2020, p.93.

³⁸ CSJ. SC-003-2018.

En la responsabilidad sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio³⁹⁻⁴⁰ y de manera excepcional de resultado (En las que impera la presunción de culpa⁴¹), entre otras las cirugías estéticas reconstructivas⁴²⁻⁴³, el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento⁴⁴, la elaboración de prótesis, aparatos ortopédicos, exámenes de laboratorio⁴⁵; y, también el secreto profesional⁴⁶, entre otros; distinción reiterada en diferentes decisiones⁴⁷.

En tratándose de obligaciones de medio opera la tesis de la culpa probada, mientras que para las llamadas de resultado impera la presunción de culpa⁴⁸. De antaño la jurisprudencia de la CSJ⁴⁹, ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante⁵⁰.

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así lo ha señalado, en forma pacífica, el órgano de cierre de la especialidad, desde antaño⁵¹, en parecer hoy conservado (2020)⁵²:

... Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un

³⁹ PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285.

⁴⁰ CSJ. SC-8219-2016 y SC-4786-2020.

⁴¹ CSJ. SC-4786-2020.

⁴² CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Solarte R., No.2005-00025-01.

⁴³ YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Biblioteca jurídica Díké, edición 9ª, 2016, Medellín, p.97.

⁴⁴ CSJ. SC-2506-2016.

⁴⁵ CSJ. SC-4786-2020.

⁴⁶ YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99.

⁴⁷ CSJ. SC-4786-2020; SC-003-2018 y SC-7110-2017.

⁴⁸ CSJ. SC-4786-2020.

⁴⁹ CSJ, Civil. Sentencias: (i) Del 05-03-1940; MP: Escallón; (ii) Del 12-09-1985; MP: Montoya G.; y, (iii) Del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778.

⁵⁰ CSJ. SC-15746-2014 y SC-4786-2020.

⁵¹ CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01.

⁵² CSJ. SC-003-2018 y SC-3847-2020.

principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras)... La sublínea es extratextual.

A pesar de lo apuntado, la misma Corporación desde 2001⁵³, empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990⁵⁴ y 1992⁵⁵, incluso la misma CC⁵⁶, reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”⁵⁷ (Hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167 del CGP) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo⁵⁸: “(...) *en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix).*”. Nótese cómo el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, sobre acciones populares, consagró por primera vez, la doctrina anotada.

En esta modalidad de la responsabilidad, la posición se conserva⁵⁹, pero precisando que “(...) *lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento (...)*”⁶⁰, tesis acogida por esta Sala Especializada⁶¹.

Ahora, en torno al examen de los elementos axiales de la responsabilidad médica, se advierte que la culpa⁶² consiste en la valoración subjetiva de una

⁵³ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

⁵⁴ CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: De Greiff R., No.5902.

⁵⁵ CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Suárez H., No.6897.

⁵⁶ CC. T006 de 1992.

⁵⁷ CSJ. SC-15746-2014.

⁵⁸ CSJ. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

⁵⁹ CSJ. SC-8219-2016.

⁶⁰ CSJ. SC-21828-2017.

⁶¹ TSP, Civil-Familia. Entre otras sentencias: MP: Grisales H. (i) SC-0071-2021; (ii) SC-0060-2021; MP: Saraza N. (iii) SC-0005-2021; y, (iv) SC-0085-2021

⁶² PRÉVOT, Juan M. La obligación de seguridad, 2ª edición, Bogotá DC, Temis, 2012, p.84.

conducta⁶³⁻⁶⁴, mientras que la causalidad no solo es la constatación objetiva de una relación natural o fenoménica de causa-efecto, en palabras del maestro Adriano De Cupis⁶⁵: “(...) es el nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto humano (...)”, sino también un juicio jurídico o normativo.

La causalidad ha sido de los temas más complejos de estudiar en la responsabilidad patrimonial, como enseña la literatura especializada (2020)⁶⁶, tanto en los sistemas del *common law* y como de *civil law* (2021)⁶⁷.

El elemento causal no admite presunciones y siempre debe probarse⁶⁸, sea en el régimen contractual o extracontractual, de culpa probada o presunta; por su parte la culpabilidad sí las tiene y desde luego relevan de su acreditación (Art.2353 y 2356, CC, 982 y 1003, CCo, entre otras).

Mal pueden refundirse en un solo concepto estos factores esenciales para estructurar la responsabilidad, o derivar el uno del otro. Afirma el citado tratadista italiano⁶⁹: “(...) la relación de causalidad no puede confundirse con la culpa. (...)”. Y, en el escenario patrio, acota Velásquez G.: “Hemos de partir de que el vínculo de causalidad constituye un elemento de la responsabilidad civil, completamente distinto de la culpa.”. Colofón: siendo distintos, se revisan en estadios o momentos diferentes.

Y este proceder fue precisado por la misma CSJ en 2009⁷⁰ en los siguientes términos: “Establecida ex ante la realidad o certeza del daño, debe determinarse su

⁶³ SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423.

⁶⁴ PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2019-05-28]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño

⁶⁵ DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil, casa editorial Bosh, Barcelona, España, 2ª traducción del italiano, 1970, p.247.

⁶⁶ KEMELMAJER de C. Aida y JARAMILLO J. Carlos E. El criterio de la razonabilidad en el derecho privado, editorial Ibáñez y otras, 2020, p.470.

⁶⁷ BAENA A., Felisa. La causalidad en la responsabilidad civil, Tirant lo blanch, Bogotá DC, 2021, p.11.

⁶⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95.

⁶⁹ DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p.247.

⁷⁰ CSJ. Sentencia del 24-08-2009; MP: Namén V., No.2001-01054-01.

causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexos o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión. (...). Y ha sido reiterado (2021)⁷¹.

El nexo se determina entre conducta y daño, así pregona el órgano de cierre de la especialidad en la mayoría⁷², desde hace algún tiempo (2002), adoctrina: *“(...) El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, (...)”*. Este aspecto es precedente de esta Sala⁷³.

Sostuvo la Alta Colegiatura, de antaño⁷⁴, en discernimiento patrocinado por la CC⁷⁵ (Criterio auxiliar) que, para establecer la causalidad, se usan a las reglas de la experiencia, los juicios de probabilidad y el sentido de razonabilidad.

Ya en desarrollos posteriores y recientes (2020⁷⁶-2021⁷⁷), precisó que en tal fenómeno concurren elementos fácticos y jurídicos, posición ya expuesta antes (2016⁷⁸ y 2018⁷⁹); de la mano de la doctrina foránea, distinguió la causa material o física de la jurídica o de derecho⁸⁰.

Señaló la CSJ que para determinar la primera se emplea el: *“juicio sine qua non y su objetivo es determinar los hechos o actuaciones que probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su materialización.”*, enseguida, respecto a la segunda categorización (causalidad jurídica) asentó: *“Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada gestión, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la*

⁷¹ CSJ. SC-3604-2021.

⁷² CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002, MP: Santos B., No.6878.

⁷³ TS. Pereira. (1) SC-0046-2021, (2) SC-0039-2021.

⁷⁴ CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002; ob. cit.

⁷⁵ CC. T-609 de 2014.

⁷⁶ CSJ. SC-3348-2020.

⁷⁷ CSJ. SC-2348-2021 y SC-3604-2021.

⁷⁸ CSJ. SC-13925-2016.

⁷⁹ CSJ. SC-002-2018.

⁸⁰ LÓPEZ M., Marcelo. La responsabilidad civil médica, en el nuevo Código Civil y Comercial, derecho comparado, Buenos Aires, A. 2ª edición, 2016, p.433.

ponderación del tipo de conexión y su cercanía.”. Este planteamiento sigue el pensamiento especializado mayoritario, Rojas Quiñones⁸¹, y otros de recientes obras (2020)⁸² (2021)⁸³; en el orden foráneo Le Tourneau⁸⁴; en la misma línea los PETL (*Principios europeos en derecho de daños - Principles of european tort law*).

Empero, aunque existe libertad probatoria, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, porque tratándose de un tema científico, el instrumento persuasivo que mejor se aviene es: “*El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente (...) que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. (...)*”⁸⁵; sin embargo, el juez habrá de acudir también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, según el artículo 176, CGP, sobre apreciación conjunta de las pruebas. Sin tener parámetros de comparación, ante la ausencia de probanzas de ese talante, es poco plausible atribuir una inadecuada atención.

Se destaca que, para la resolución de este litigio, no se aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba. La decisión respectiva se emitió en audiencia, el 06-12-20210 [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01CdnoPrincipal, pdf No.03..., folios 199-200] y ninguna previsión hizo en tal sentido y las partes tampoco se manifestaron. En suma, gravitaba en los demandantes la demostración de todos los requisitos de la pretensión invocada (Carga de la prueba). Ello porque así compete en este tipo de asuntos, según reitera la CSJ (2020)⁸⁶:

... corresponde a quien demanda la declaración de responsabilidad y la correspondiente condena: 1. Desvirtuar los principios de benevolencia o no maledicencia. 2. Según la naturaleza de la

⁸¹ ROJAS Q., Sergio, Responsabilidad civil, la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales, editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.270.

⁸² GIRALDO G., Luis F. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, Bogotá DC, 2ª edición, 2018, p.213.

⁸³ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.12.

⁸⁴ LE TOURNEAU. Philippe. La responsabilidad civil profesional, Bogotá DC, Legis, 2ª edición, traducción de Javier Tamayo J., 2014, p.108.

⁸⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 08-05-1990, que sigue el razonamiento de los fallos de 24-09-1952, *G.J.* No. 2119, p. 237, y del 05-07-1957, *G.J.* No. 2184, p. 676, según explica el profesor SANTOS B., *ob. cit.*, p.112.

⁸⁶ CSJ. SC-3847-2020.

responsabilidad en que se incurra (subjetiva u objetiva), o de la modalidad de las obligaciones adquiridas (de medio o de resultado), mediante la prueba de sus requisitos axiológicos. En particular, probar la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad. En todo caso, no basta la afirmación del actor carente de los medios de convicción demostrativos de los hechos que se imputan. Todo el resaltado es de esta Sala

Finalmente, solo ante la constatación de que se hayan presentado acciones u omisiones en los procesos empresariales, que hubiesen conllevado a una inadecuada prestación del servicio tales como: (i) Demoras en la expedición de órdenes; (ii) Uso de tecnología obsoleta; (iii) Falta de convenios; o, (iv) Discontinuidad del servicio⁸⁷, entre otras; podrá revisarse la responsabilidad desde una órbita institucional.

6.4.5. LA SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS FRENTE AL RÉGIMEN PROBATORIO.

RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL, APLICACIÓN ART.1604, CC - PRINCIPIOS DEL CONSUMIDOR. Conjunta esta Sala los planteos del recurrente, según su relación temática, así: **(i)** Según el artículo 1604, inciso 3º, CC, quien alega caso fortuito debe probarlo, así como, la diligencia o cuidado a quien ha debido emplearlos; sin embargo, este principio se desconoce en las responsabilidades médicas, pues permite inferir una presunción de culpa contra el deudor. Aplicable a los casos de salud institucional, al imponérsele la obligación de acreditar causa extraña, para lo cual evoca la SC-13925-2016 de la CSJ.

(ii) Esta responsabilidad es institucional y no individual, en el memorial acercado en esta sede, menciona el artículo 2341, CC, sin más explicaciones. Y, **(iii)** La sentencia desconoció los principios “*in dubio pro consumatore, homine damato e indubio pro homine*”, aquí citó la Ley 1480 de 2011 y apartes de doctrina, y concluye que es regla procesal y probatoria, sin referir en particular para este caso.

6.4.6. LA RESOLUCIÓN. **FRACASAN.** El artículo 1604, inciso 3º, CC, es

⁸⁷ CSJ. SC-9193-2017.

inaplicable para esta responsabilidad, la regla general es que la asistencia médica es una obligación de medio, de forma excepcional se catalogan algunas de resultado; para las primeras la culpa es probada, mientras que es presunta para las segundas. Este criterio, es doctrina probable (Art.4º, L 169/1896 y C-537-2010) de nuestra CSJ, órgano de cierre de la especialidad, como se expuso con profusión en el acápite 6.4.4. de esta decisión, vigente para estos días y aceptado pacíficamente por la doctrina nacional especializada⁸⁸.

Específicamente la CSJ en la decisión de 2001⁸⁹, hito para el asunto, refutó la aplicación del citado canon, de esta manera:

Aunque la Corte en otras ocasiones, tal como se observa en la reseña jurisprudencial, ha partido de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, para definir la distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual del médico, lo cierto es que sin desconocer la importancia de la sistematización y denominación de las obligaciones "de *moyens*" y "de *résultat*", atribuida a René Demogue, que sin duda alguna juegan rol importante para efectos de determinar el comportamiento que debe asumirse, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma.

Ahora, respecto a que se trate de una "responsabilidad institucional" bien se aprecia que el ejercicio argumentativo es harto precario, pues acusa ausencia de elementos suficientes que permitan entender cómo resulta aplicable al caso, cuál es su pertinencia concreta (Numeral 4º del escrito de sustentación); se ha preterido la subsunción o aplicación de la teoría esbozada, para evidenciar con exactitud la condigna labor refutativa.

⁸⁸ FERNÁNDEZ M., Mónica L. Ob. cit., pág.41.

⁸⁹ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, MP: Ramírez G., No.5507.

El artículo 2341, CC mencionado, poco agrega, puesto que es la regla general de la responsabilidad aquiliana, sin más aditamentos. De todas formas, el fallo SC-13925-2016 que enuncia la “*culpa organizacional*” de las personas jurídicas como culpa propia⁹⁰ (Suscrita por 6 de los 7 magistrados), tuvo dos aclaraciones de voto (Quiroz M. y Tolosa V.) y ha resultado harto polémico en ámbito jurídico (2021)⁹¹, dada su baja claridad conceptual y consistencia dogmática. Al final, reluce que ninguna gestión intelectual se hizo para identificar las subreglas y tipificarlas en el litigio objeto de alzada y revelar el equívoco del fallo atacado.

Por último, en lo atañadero a la aplicación de los “*in dubio pro consumatore, homine damato e indubio pro homine*”, la fundamentación resulta incipiente para edificar alguna comprensión que denote el juicio erróneo de la decisión cuestionada. En palabras de la CSJ (2021)⁹²: “(...) *la mera transcripción de múltiples normas, con la enunciación de que fueron desatendidas, resulta insuficiente para dejar en evidencia su quebrantamiento, menos aún frente a una alegación genérica que no desciende al contenido prescriptivo.*”.

Se echa de menos que se hubiera encausado el discurso para enseñar la viabilidad de aplicar a la responsabilidad galénica los postulados de marras, con indicación de cuáles son esas repercusiones “*procesales y probatorias*”, acaso configuración de presunciones, inversión de la carga probatoria, etc., mas se itera, ninguna manifestación se hizo, más allá de transliterar normas y conceptos académicos.

En suma, ninguno de estos reclamos tiene entidad para alterar el fallo opugnado; el precedente vertical ha sido aplicado por esta Colegiatura de tiempo atrás no solo por su vinculatoriedad sino por su razonabilidad, como atrás se expuso.

⁹⁰ AGUDELO V., Juan P. La responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado en Colombia por el hecho de los contratistas [En línea] [Visitado el 2022-26-05]. Disponible en internet: <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle>

⁹¹BUSTOS C., Jaime E. Estudio crítico del entendimiento de la relación causal en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el fallo del 30 de septiembre de 2016, En: Revista Responsabilidad civil del estado, No.44, edición conmemorativa, Bogotá DC, IARCE y Tirant lo Blanch, 2021, p.453 ss.

⁹² CSJ. SC-3627-2021.

6.4.7. LA SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS SOBRE VALORACIÓN PROBATORIA. (i) La causalidad ha debido revisarse conforme el criterio de razón suficiente o factor jurídicamente relevante, en el caso ese elemento se probó y no se dio por establecido. De ningún modo, se puede exigir certeza y mucho menos causalidad física, por tratarse de responsabilidad médica, señaló la CSJ⁹³; **(ii)** Las alegaciones están fundadas en la historia clínica, el testimonio técnico y los indicios graves.

(iii) Los dictámenes demostraron un actuar negligente, las atenciones debieron ser urgentes, prontas y eficaces así: **(a)** El rendido por la perita del Instituto de Medicina Legal fue conclusivo al señalar las omisiones en la prestación del servicio el 24-02-2009, debieron tenerse en cuenta las dos (2) radiografías y los antecedentes quirúrgicos del ojo; y, **(b)** La doctora Sandra Mileth García, por su parte, expuso que ante los síntomas al día siguiente del procedimiento, la paciente debió valorarse urgentemente y ordenar radiografía tomada por oftalmólogo.

(iv) La atestación del doctor Ricardo Valdés R., admite como conclusiones: **(a)** La implantación del lente intraocular plegable (Pagado por la paciente), sin anestesia general, ofrecía menores riesgos; **(b)** La atención posquirúrgica incumplió la *lex artis*, dejó de brindársele un seguimiento estrecho, exigía gotas antiinflamatorias y antibióticas durante toda la recuperación; **(c)** La anestesia topica -Sic- (Con gostas- Sic) reduce los riesgos de perforación del globo ocular; **(d)** La implantación del lente flexible que pagó la paciente, hubiera evitado las dos perforaciones; y, **(e)** Causado el daño en el globo ocular con la anestesia ha debido realizarse ecografía B y aliviar el dolor [Carpeta 02SegundaInstancia, carpeta 02ApelaciónSentencia, pdf No.07].

6.4.8. LA RESOLUCIÓN. FRACASAN. El análisis que admite el cúmulo probatorio no es demostrativo de la responsabilidad atribuida. Aquí tal como explica la metodología expuesta en las premisas anteriores, se examinará la

⁹³ CSJ. SC-2348-2021.

causalidad, para luego, si hay lugar, continuar con la culpabilidad.

- **Los peritajes recaudados.** Fueron ordenados y practicados en vigencia del CPC, por ende, su tasación queda gobernada por las reglas de este estatuto. El decreto de las pruebas, como ya se anotó, fue en el juzgado laboral con audiencia del 06-12-2010 [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01CdnoPrincipal, pdf No.03..., folios 199-200].

También, necesario es precisar que, en criterio de esta Sala, se viene a menos la eficacia probatoria del realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por cuanto pese a conceptuar sobre la causalidad y la culpa, se desconoce la especialidad de quien lo practicó, al requerir documentación adicional para dictaminar se identificó como Coordinadora clínica, psiquiatría- psicología y odontología forense [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01CdnoPrincipal, pdf No.04..., folios 36-37] y en adelante, solo como perito; en suma, dejó de acreditarse su idoneidad como profesional en la materia médica específica del caso, oftalmólogos o acaso con subespecializaciones en retina o vítreo.

En esas condiciones, el examen se concentrará en la peritación rendida por la doctora Sandra Mileth García, quien sí cuenta con esas calidades al igual que quien rindió la acopiada en el trámite de objeción por error grave (Procedimiento que desapareció en el CGP).

El alegato del impugnante, aunque inicialmente postula que hubo una apreciación parcial de los dictámenes, al detenerse en la aludida experticia, expone que la profesional concluyó que fue indebida la atención en el posoperatorio de la implantación del lente intraocular izquierdo, pues ante los síntomas al día siguiente del procedimiento, la paciente debió valorarse urgentemente y ordenar radiografía tomada por oftalmólogo.

A efectos de la condigna tasación, necesario indicar que la demanda afirmó que la señora María Nubia fue sometida a la mencionada cirugía y que, al

momento de la aplicación de la anestesia, realizada por el oftalmólogo, aquella sintió dolor y perdió la visión, sin que se atendieran los síntomas, se culminó el procedimiento, fue dada de alta y en los días posteriores siguió con signos que terminaron en una cirugía correctiva que los aliviara.

El fallo, aseguró que un análisis conjunto de los trabajos periciales recaudados y el testimonio técnico, permite inferir que el procedimiento se cumplió con normalidad, la puesta de la anestesia no pudo producir ninguna perforación en el ojo, pues las características de ese insumo hacían imposible el trayecto de la aguja por el globo ocular, tampoco puede establecerse que para el 24-02-2009 hubiese desprendimiento total de retina, porque la radiografía no fue realizada por oftalmólogo y las complicaciones presentadas eran un riesgo probable, porque la paciente había tenido varias cirugías.

En específico sobre esos aspectos dijo la doctora Sandra Mileth, oftalmóloga especialista en retina y vítreo: (a) La cirugía, conforme la historia clínica, se surtió sin complicaciones, son inexistentes notas sobre pérdida de tono del ojo, reportes de dolor o inquietud de la paciente; los signos vitales reportados son normales, lo que indica que estaba tranquila, cuando hay dolor se muestra aumento de la tensión arterial; (b) La evaluación posquirúrgica del 23-02 muestra hifema, opacidad y falta de visualización del fondo del ojo, le ordenaron ecografía. Tales síntomas hacen sospechar varios diagnósticos: hemorragia vítrea, desprendimiento de retina o perforación del globo ocular.

Y, en la misma respuesta agregó: (c) El control del 24-02 describe desprendimiento coroideo; y, (d) La ecografía del 03-03 indica hipotonía postquirúrgica compatible con desprendimiento de retina y numerosos puntos hiperreflectivos que corresponden a hemorragia vítrea [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01CdnoPrincipal, pdf No.04..., folios 160-161]. Luego, al complementar señaló: (e) Todos los pacientes operados con desprendimiento de retina tienen factores de riesgo para posteriores cirugías oculares [Ibidem, pdf No.05..., folio 8].

En este trabajo, hay otras referencias a cómo deben surtirse las atenciones en el posquirúrgico, pero lo cierto es que responden a cuestionamientos abstractos o genéricos, sin apoyo o alusión a notas específicas de la historia clínica de la señora María Nubia [Entre otras: (i) Ibidem, pdf No.04..., folios 155-162, respuestas 13 y 17; (ii) Ibidem, pdf No.05..., folios 16-17, respuestas 6 y 7].

De otra parte, respecto a la anestesia indicó: (f) En las cirugías de implantación de lente intraocular puede usarse cualquier tipo de anestesia, desde general hasta local [Ibidem, pdf No.05..., folio 14], retrobulbar, peribulbar, subtenoniana (Aplicada por el oftalmólogo) o intracameral [Ibidem, pdf No.05..., folio 32]. Hace referencia a diferentes tipos de anestésicos y las complicaciones que pueden generar [Entre otras: (i) Ibidem, pdf No.04..., folios 155- 162, respuestas 1º a 4º, 6º, 9º; (ii) Ibidem, pdf No.05..., folio 7, respuestas a y b; (iii) Ibidem, pdf No.05..., folios 31-32, respuestas 1 y 3], sin embargo, tampoco aplicadas al caso concreto.

Por su parte, el doctor Marcos Danilo Parra Orjuela, médico cirujano y oftalmólogo, especialista en mácula, retina y vítreo; quien rindió la experticia en el trámite de la objeción explicó: (i) La anestesia aplicada fue del tipo subtenon, que elimina el riesgo de las técnicas de aguja punzante porque se hace con cánula atraumática corta, presenta uno de los perfiles más altos de seguridad y era la más adecuada porque la paciente sufre de miopía [Ibidem, pdf No.07..., folios 18, 20, 21 y 22]; (ii) El procedimiento ninguna complicación tuvo, ni siquiera que se hubiese presentado perforación ocular [Ibidem, pdf No.07..., folio 20].

También afirmó: (iii) Los ojos con varias cirugías previas están más predispuestos a algún tipo de complicación y a respuestas inesperadas en su evolución [Ibidem, pdf No.07..., folios 18 y 22]; (iv) Los desgarros o agujeros encontrados en la cirugía correctiva, al igual que el desprendimiento total de retina, no necesariamente corresponden a una perforación ocular en el implante del lente intraocular [Ibidem, pdf No.07..., folio 20]; incluso, es imposible determinar en qué momento exacto se produjeron la hemorragia y el desprendimiento de retina y los desgarros, lo documentado en la historia

clínica indica que se produjeron después de la cirugía [Ibidem, pdf No.07..., folio 20].

Estos dictámenes fueron elaborados por profesionales en la materia médica específica del caso, oftalmólogos con especializaciones en retina y vítreo; son trabajos que se aprecian claros en sus premisas y conclusiones, son detallados porque se esmeran en fundamentar cada una de las inferencias, están debidamente soportados con acertadas y abundantes referencias de literatura especializada, por ende, se estiman eficaces para la acreditación de los hechos tema de prueba; amén de pertinentes y útiles, se avienen a los postulados del artículo 241, CPC, en suma, están dotados de precisión y calidad.

Para esta Sala, según lo expuesto, existe causalidad material, pues hay encadenamiento causal, al presentarse en el caso particular las siguientes condiciones, de forma concurrente y necesaria: **(i)** Consulta por diagnóstico de desprendimiento de retina de ojo izquierdo; **(ii)** Valoración por retinólogo que ordena cirugía; **(iii)** Intervención por desprendimiento de retina; **(iv)** Controles posteriores para verificar resultado de aquel procedimiento y recomendación de implantación de lente intraocular; **(v)** Cirugía de implante de lente; **(vi)** Controles y valoraciones luego de intervención por presentar signos de dolor, opacidad y pérdida de visión; **(vii)** Cirugía correctiva.

En aplicación del test *conditio sine qua non* (CSQN)⁹⁴, se infiere la operación intelectual deductiva de supresión hipotética de alguno de estos acontecimientos, que no se elimina el daño originado: opacidad, desprendimiento total de retina y la consecuente pérdida de la visión por el ojo izquierdo, ergo son su causa fáctica o naturalística.

Ahora, para completar el juicio de comprobación causal, corresponde adelantar el examen en el nivel jurídico, que en el derecho anglosajón se

⁹⁴ PRÉVOT, Juan M. Ob. cit. p.51.

conoce como el *test sobre el alcance de la responsabilidad*⁹⁵, para cuyo propósito se aplica la teoría de la causalidad adecuada, entendida como aquella que solo estima causa aquel suceso que según los criterios de normalidad o regularidad, de probabilidad y, explica en forma adecuada o idónea el resultado nocivo; ahora, y como el caso presente pertenece a la ciencia médica, son sus parámetros propios los que permiten encontrarla.

Para la respectiva averiguación, en el plano normativo se acude a la previsibilidad implícita en la probabilidad, mas para esquivar el solapamiento con la culpa, se analiza de forma específica en relación con la víctima y el daño ocurrido⁹⁶; así las cosas, cuando el acontecimiento resulta imprevisible, esto es, que no se puede conocer con anticipación, ni con indicios o señales de que va a ocurrir, el corolario es la inexistencia de la causa de derecho.

En este caso, los trabajos periciales aludidos, afirman que la opacidad, el desprendimiento total de retina y los desgarros se produjeron luego del procedimiento de implantación, sin que se pueda precisar el momento, aunque sí dan cuenta de que, se itera, “(...) *los ojos con varias cirugías previas están más predispuestos a algún tipo de complicación y a respuestas inesperadas en su evolución (...)*”; sin que se precise que por ese factor eran previsibles o evitables; también, descartan que se hubieran dado por la aplicación de la anestesia, pues la perforación a la que aludió la demanda, no se pudo dar durante la intervención por el tipo de insumo aplicado.

En esas condiciones, las causas de las complicaciones sufridas por la paciente, no son atribuibles a la parte demandada y eso es suficiente para la desestimación de las pretensiones, sin probarse la causalidad imputable a ese extremo, innecesario revisar su culpabilidad.

No sobra agregar que, las inferencias de la versión del testigo Ricardo Valdés

⁹⁵ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.61.

⁹⁶ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.68.

R. [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01CdnoPrincipal, pdf No.04..., folios 202-211], relatadas por el impugnante, se vienen a menos, con la información vertida en los citados dictámenes, pues como fácil se advierte, no fue quién realizó el procedimiento de implantación, la información que dio es anterior o posterior a este y, puntualmente, al atestiguar ni siquiera consideró el tipo de anestesia suministrada a la paciente [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01CdnoPrincipal, pdf No.07..., folio 222, literal g].

6. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con lo discernido se: **(i)** Confirmará en su integridad la sentencia atacada; **(ii)** Se condenará en costas, en esta instancia, a la parte demandante, por fracasar en su alzada (Artículo 365-3º, CGP).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior CSJ⁹⁷ (2017). Se hace en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA,

1. CONFIRMAR el fallo emitido el 29-10-2020 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, R.
2. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor

⁹⁷ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.

3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO

JAIME ALBERTO SARAZA N.
MAGISTRADO

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

14-06-2022

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

DGH/DGD/2022

Firmado Por:

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Edder Jimmy Sanchez Calambas
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7871dc514b0e916229fd23833bd02afc2d89e86331f3769b0957f03160dd3ac2**

Documento generado en 13/06/2022 09:59:34 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>